1331 IL DOVERE DI RISPOSTA DEL PUBBLICO UFFICIALE QUALE PRESUPPOSTO DEL DELITTO DI OMISSIONE DI ATTI D'UFFICIO

SEZ. VI - C.C. 19 OTTOBRE 2011 (DEP. 4 GENNAIO 2012), N. 79 - PRES. AGRÒ - REL. LANZA - P.M. DE SANTIS (CONCL. PARZ. DIFF.) - (251781)

OMISSIONE O RIFIUTO DI ATTI DI UFFICIO - Elemento oggettivo - Fattispecie di cui all'art. 328, comma 2, c.p. - Richiesta dell'interessato - Dovere di risposta del pubblico ufficiale - Presupposti - Procedimento amministrativo già incardinato - Necessità.
(C.P. ART. 328)

In tema di omissione di atti d'ufficio, il dovere di risposta del pubblico ufficiale presuppone che sia stato avviato un procedimento amministrativo, rimanendo al di fuori della tutela penale quelle richieste che, per mero capriccio o irragionevole puntigliosità, sollecitano alla p.a. un'attività che la stessa ritenga ragionevolmente superflua e non doverosa.

RITENUTO IN FATTO E CONSIDERATO IN DIRITTO - G.T. ricorre, a mezzo del suo difensore, avverso il decreto di archiviazione del G.i.p. presso il Tribunale di Aosta, in data 15-16 novembre 2010 (con il quale è stata disposta l'archiviazione del procedimento penale concernente il reato di omissione di atti d'ufficio continuata *ex* artt. 81 cpv.-328 c.p. a seguito di denuncia presentata dal T. nei confronti del dr. A.C., Presidente dell'Ordine dei Medici della Valle d'Aosta), deducendo vizi e violazioni nella motivazione nella decisione impugnata, nei termini critici che verranno ora riassunti e valutati.

Nella denuncia presentata alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Aosta, assumeva il denunciante che il dr. C. non avrebbe mai disposto nulla in relazione ai plurimi esposti da lui presentati all'Ordine dei Medici nei confronti del dr. C.M., e riguardanti la pretesa violazione di norme deontologiche, commessa da tale sanitario, né avrebbe mai risposto per indicare le ragioni del ritardo.

Il g.i.p. con il decreto in questione ha concluso dichiarando l'inammissibilità dell'opposizione e l'archiviazione del procedimento, sostenendo che il reato ipotizzato non è in astratto configurabile.

Ad avviso del g.i.p. l'obbligo di provvedere e l'obbligo di rispondere per esporre le ragioni del ritardo all'evidenza non sussistono, considerato: *a)* che si tratta di una richiesta sorretta da un interesse di mero fatto qual è quella indirizzata al presidente di un ordine professionale e volta all'avvio di un procedimento disciplinare nei confronti di un iscritto; *b)* che, comunque, in presenza di siffatta richiesta, il Presidente dell'ordine non è tenuto ad avviare un procedimento disciplinare, né è tenuto a darne conto al privato; *c)* che le ulteriori investigazioni indicate nell'atto di opposizione (confronto tra le parti, perizia cardiologica e assunzione di informazioni volte ad accertare la denunciata imperizia del medico) non hanno alcuna incidenza concreta sul tema della decisione in quanto inidonei a condurre ad un giudizio di configurabilità del reato denunciato, onde la inammissibilità dell'opposizione (si cita in proposito: Sez. I, n. 23687/2010; Sez. V, n. 11524/2007). Con un primo motivo di impugnazione il T. deduce inosservanza ed erronea applicazione dell'art. 410, comma 2, c.p.p. in relazione all'art. 111 Cost. – art. 409, comma 6, e art. 127, comma 5, c.p.p. per abnormità dei provvedimento di archiviazione, emesso *de plano*

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

senza l'instaurazione del legittimo contraddittorio, nonché vizio di motivazione in relazione all'inconfigurabilità in astratto del reato contestato, con riferimento, altresì, agli artt. 357-358 c.p.

In particolare il ricorso lamenta:

a) che l'Ordine non abbia svolto la dovuta istruttoria, volta ad acclarare la fondatezza di quanto denunciato dal Sig. T., e neppure abbia risposto in alcun modo alle reiterate missive, al fine di esporre le ragioni del ritardo nel provvedere, ovvero comunque per spiegare le ragioni del diniego all'assunzione di qualsivoglia provvedimento nei confronti del suddetto sanitario;

b) che le motivazioni del decreto impugnato risultano infondate ed altresì, lesive del legittimo contraddittorio processuale, che avrebbe dovuto svolgersi nell'ambito di regolare udienza camerale, *ex* art. 127 c.p.p.

c) che, infatti, se l'archiviazione può essere decretata solo quanto ricorra il duplice presupposto dell'inammissibilità dell'opposizione e dell'infondatezza della *notitia criminis* (art. 410 c.p.p.), deve procedersi con il rito camerale ogni qualvolta faccia difetto anche una soltanto delle due prescritte condizioni, dato che l'art. 410 c.p.p., non fa che ribadire quanto già stabilito dall'art. 409, comma 2, c.p.p.;

d) che nella specie il g.i.p. avrebbe confuso i due piani e di fatto avrebbe fondato il suo decreto esclusivamente sulla pretesa inammissibilità dell'opposizione, in quanto il T. sarebbe, a suo dire, portatore di un interesse di mero fatto e come tale non legittimato, neppure ad ottenere una risposta dall'Ordine, nulla argomentando invece quanto alla pretesa infondatezza della *notitia criminis*, solo labialmente affermata.

Con un secondo motivo si lamenta inosservanza ed erronea applicazione degli artt. 408 e 410 c.p.p., in relazione all'art. 111 Cost., per erroneità ed incompletezza della valutazione di superfluità delle indagini suppletive, indicate dalla p.o. nel suo atto di opposizione (non avendo il g.i.p. per nulla valutato le ulteriori prove documentali che erano state allegate all'atto di opposizione), nonché si prospetta mancanza e/o illogicità manifesta della motivazione, quanto alla affermata superfluità dei temi di indagine suppletiva indicati nell'opposizione, in quanto la motivazione si sarebbe risolta in mera formula di stile e limitata all'esame di alcuni soltanto dei temi probatori dedotti.

Entrambi i motivi sono infondati e vanno rigettati per le ragioni di seguito indicate, qui subito osservando come il g.i.p., contrariamente all'assunto del ricorrente, non si è limitato ad affermare l'inammissibilità per difetto di interesse del ricorrente, ma ha comunque ampiamente e correttamente argomentato anche sulla infondatezza della notizia di reato in termini che per la loro correttezza e logicità non sono censurabili in sede di giudice di legittimità.

Tanto premesso, in primo luogo, ed in relazione all'assunto del Procuratore generale, che ha sostenuto l'inammissibilità del ricorso, non rivestendo il ricorrente la qualità di "parte lesa", va rilevato che il delitto di omissione di atti di ufficio, di cui all'art. 328, comma 2, c.p. integra un delitto plurioffensivo, in quanto la sua realizzazione lede, oltre l'interesse pubblico al buon andamento ed alla trasparenza della p.a., anche il concorrente interesse del privato danneggiato dall'omissione o dal ritardo dell'atto amministrativo dovuto.

Ne consegue che il soggetto privato può teoricamente assumere la posizione di persona offesa dal reato ed è pertanto legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione formulata dal p.m. (Sez. II, n. 17345/2011, rv. 250077 Massime precedenti conformi: n. 1817 del 1995, rv. 202818; n. 3806 del 1997, rv. 210306; n. 4316 del 1998, rv. 211123; n. 5376 del 2003, rv. 223937). Tuttavia siffatta generica asserzione – correlata allo schema dogmatico dell'art. 328 c.p. – va chiarita nel senso che il dovere di risposta presuppone che sia incardinato un procedimento amministrativo e perciò, se questo, come nella specie, non è stato ancora avviato, non v'è alcun obbligo di risposta (cfr. in termini: Sez. VI, U.P. 4 ottobre 2001, in ricorso G.). Si vuole in altri termini significare che non ogni richiesta di atto che il privato sollecita alla p.a. ha idoneità – come si pretende nella specie – ad attivare, in tesi, il meccanismo per l'operatività della previsione delittuosa di cui all'art. 328, comma 2, c.p. con la conseguenza che restano al di fuori della tutela penale quelle richieste che, per mero capriccio o irragionevole puntigliosità, sollecitano alla p.a.

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

un'attività che è dalla stessa ritenuta ragionevolmente superflua e non doverosa (cfr. sul punto: Sez. VI, U.P. 6 ottobre 1998, C.).

In secondo luogo, va rammentato che questa stessa sezione, con recente sentenza n. 24088/2011, decidendo su altro ricorso del T.R., contro il decreto di archiviazione 5 maggio 2010 del G.i.p. Tribunale di Trieste, ha annullato senza rinvio tale provvedimento, il quale aveva archiviato un procedimento per abuso di ufficio a carico di terze persone, dopo aver dichiarato inammissibile l'opposizione del T. alla richiesta di tale archiviazione, sul presupposto che il ricorrente, in quanto portatore di un mero interesse legittimo, non rivestiva la qualità di persona offesa del reato di abuso di ufficio.

Quel ricorso del T. è stato ritenuto fondato, in quanto, per giurisprudenza costante e condivisibile, il danno di cui all'art. 323 c.p., può investire non solo diritti soggettivi perfetti, ma anche situazioni giuridiche soggettive di diversa natura (tra cui appunto l'interesse legittimo) che sollecitano la p.a. ad un'attività per quanto doverosa, ma che sia stata prospettata senza che il richiedente fosse "parte del procedimento".

In tal modo il G.i.p. di Trieste, in quel ricorso, non poteva dichiarare inammissibile l'opposizione del ricorrente, escludendolo dal contraddittorio, riguardante la richiesta di archiviazione, in quanto egli aveva scambiato nella specie un problema di sussistenza e di effettività della lesione della situazione soggettiva vantata (riguardante il merito dell'accusa) con un problema di legittimazione delle parti.

Dal raffronto comparativo delle due realtà, è evidente che nell'odierno ricorso ben diversa è la posizione del T. In altri termini, nella condotta del Presidente del consiglio dell'ordine dei medici non è realizzato l'indebito rifiuto di un atto dell'ufficio, in quanto, non essendo il ricorrente "parte del procedimento amministrativo", a lui non era dovuta alcuna spiegazione *ex* art. 328 c.p., con la conclusione che nella specie il rifiuto non configura alcun illecito sanzionabile così come correttamente ritenuto dal g.i.p.

Invero il confronto testuale tra le due norme in questione evidenzia che nello schema dogmatico dell'art. 328 c.p., nella previsione del comma 2, l'interessato («richiesta di chi vi abbia interesse») è parte dell'elemento costitutivo dell'illecito, mentre nello schema dell'art. 323 c.p., in punto di abuso d'ufficio, l'interessato ha invece una funzione del tutto eventuale e non necessaria ai fini della sussistenza dell'illecito.

In altri termini, nella condotta del Presidente del consiglio dell'ordine dei medici non è realizzato l'indebito rifiuto di un atto dell'ufficio, in quanto, non essendo il ricorrente «parte del procedimento amministrativo», a lui non era dovuta alcuna spiegazione *ex* art. 328 c.p., con la conclusione che nella specie il rifiuto non configura alcun illecito sanzionabile, cosi come correttamente ritenuto dal g.i.p.

OSSERVAZIONI

La sentenza in esame tocca quello che è stato definito un "settore di frizione" esasperato ovvero quello del rapporto tra le norme che regolano l'attività amministrativa e il sistema di repressione degli illeciti penali connessi con l'esercizio della pubblica funzione, il campo dei delitti propri del p.u. contro la p.a. (CACCIAVILLANI, *Il delitto di omissione-rifiuto di atto d'ufficio dopo la riforma del procedimento e dell'atto amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2008, fasc. 7-8, p. 347).

La pronuncia si occupa della condotta incriminata all'art. 328, comma 2, c.p., definito anche come "delitto di messa in mora" (cfr. FIANDACA, *Rifiuto o omissione di atti di ufficio. Una riforma fallita?*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 422; CADOPPI-VENEZIANI, voce *Omissione o rifiuto di atti di ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, p. 20; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Cedam, 2001, p. 738), che presenta caratteristiche del tutto

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

nuove rispetto alla fattispecie indicata nel primo comma. Come noto, la norma ad oggetto sanziona l'inerzia del pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, che «fuori dai casi previsti dal primo comma, […] entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo». La riforma introdotta dalla legge n. 86 del 1990 ha scisso l'originaria formulazione della norma, risalente al 1930, in due autonome ipotesi di reato, previste dai due commi: nella prima, il delitto si perfeziona con il rifiuto di un provvedimento di cui si sollecita la tempestiva adozione poiché incidente su beni valutati di rango primario; nella norma di chiusura, invece, ai fini della consumazione è necessaria la coesistenza di due condotte omissive: la mancata adozione dell'atto entro trenta giorni dalla richiesta scritta della parte interessata e la mancata risposta sulle ragioni del ritardo (cfr. RONCO, ARDIZZONE, B. ROMANO, *Codice penale ipertestuale commentato*, 3ª ed., Utet, 2009, p. 1656).

Nella sentenza in commento, la suprema Corte rigetta il ricorso proposto dal sig. T. avverso il decreto di archiviazione del procedimento penale emesso dal G.i.p. presso il Tribunale di Aosta, dichiarando infondati tutti i motivi prospettati dal ricorrente.

Il sig. T. denunciava il Presidente dell'Ordine dei medici competente per omissione di atti d'ufficio continuata *ex* art. 328, cpv., c.p., lamentandone l'inerzia in relazione ai plurimi esposti presentatigli riguardo la violazione di norme deontologiche da parte di un sanitario (volti evidentemente alla eventuale promozione di un'azione disciplinare nei confronti di quest'ultimo), nonché la mancata risposta circa le ragioni del ritardo. Al contrario, la Corte nella pronuncia in esame appoggia in toto le argomentazioni del g.i.p., confermando che la condotta del Presidente dell'Ordine non configura l'indebito rifiuto di un atto dell'ufficio: il dovere di risposta del pubblico ufficiale presuppone, infatti, l'avvio di un procedimento amministrativo che in questo caso manca. L'art. 328 fa specifico riferimento ad una «richiesta di chi vi abbia interesse», qualificando così come elemento costitutivo dell'illecito la qualità di "interessato".

Nel caso di specie, si è detto, il rifiuto non configura alcun illecito, proprio perché a mancare è tale requisito oggettivo della fattispecie. Difatti, non essendo stato incardinato alcun procedimento amministrativo, il ricorrente non potrà definirsi "parte" dello stesso, con la conseguenza che nessuna spiegazione a lui sarà dovuta.

Altro punto cruciale della sentenza concerne le modalità e il contenuto della richiesta. Questa, secondo costante dottrina, per definirsi idonea a concretare una omissione penalmente rilevante, non può essere sorretta da interessi di mero fatto, bensì dovrà riflettere un interesse personale e diretto, identificabile in una posizione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo (cfr., *ex multis*, ROMANO, *I delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 40; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1999, p. 719; CADOPPI-VENEZIANI, voce *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, cit., p. 22; MARTINELLI, *L'elemento psicologico del reato nell'omissione di atti d'ufficio*, in *Giur. it.*, 2008, p. 3 ss.). Anche la giurisprudenza è orientata nello stesso senso (Sez. VI, 13 marzo 2001, n. 18033, Gremmo, in *questa rivista*, 2002, p. 1039; Sez. VI, 2 ottobre 2003, Biondi, n. 43492, in *C.E.D. Cass.*, n. 226904; Sez. VI, 8 maggio 1998, n. 10219, Tulipani, in *questa rivista*, 1999, p. 520, con nota di AMATO, *Alcune questioni in tema di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*), sottolineando di recente che l'interesse non è quello che riguarda il generale buon andamento della p.a., bensì quello che fa capo ad una situazione giuridica soggettiva su cui il provvedimento è destinato diretta-

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

mente ad incidere (Sez. VI, 5 marzo 2009, n. 14466, in *questa rivista*, 2010, p. 998; Sez. VI, 4 febbraio 2008, n. 21735, Vitellaro, *ivi*, 2009, p. 1550).

Da questo corollario discende il principio formulato oramai da giurisprudenza conforme della sesta sezione, secondo cui «restano al di fuori della tutela penale quelle richieste che, per mero capriccio o irragionevole puntigliosità, sollecitano alla p.a. un'attività che è dalla stessa ritenuta ragionevolmente superflua e non doverosa» (cfr., *ex multis*, Sez. VI, 6 ottobre 1998, n. 12977, in *C.E.D. Cass.*, n. 212312; Sez. VI, 11 dicembre 1998, u.p. 6 ottobre 1998, in *Dir. pen. proc.*, n. 9, 1999, p. 1145 ss.; Sez. VI, 26 novembre 1997, n. 11515, in *C.E.D. Cass.*, n. 209478).

La Corte, insomma, interviene in uno degli ambiti più delicati nei rapporti tra p.a. e cittadino: quello attinente l'interesse del privato a ricevere una risposta alle istanze indirizzate all'amministrazione. A fronte di tale interesse, il "silenzio" della p.a. può assumere un rilievo amministrativistico (grazie ai passi in avanti compiuti dalla l. 7 luglio 1990, n. 241 che ha attribuito all'omissione un significato legalmente tipico), oppure penalistico, *ex* art. 328 c.p.

Questo "doppio binario", non risulta affatto esente da risvolti problematici e difficoltà ricostruttive (in tal senso, Sez. VI, 8 gennaio 1997, con nota di D'ARMA, *Il maturare del silenzio rigetto vale ad escludere la fattispecie penale dell'omissione di atti d'ufficio*, in *questa rivista*, 1997, p. 3019).

È facilmente intuibile come le complicazioni nascano anzitutto dalle interferenze disciplinari tra i due rami dell'ordinamento: il diritto penale e il diritto amministrativo. Questi settori normativi si incontrano quando viene utilizzata una sanzione penale per reprimere le condotte che compromettono in modo più incisivo gli interessi e i valori che sovrintendono l'agire della pubblica amministrazione (DE FLAMMINEIS, *La tutela penale contro il silenzio amministrativo: "modi" e "tempi" di un'interconnessione disciplinare*, in *Giust. pen.*, 2009, II, c. 657).

Ne discende che una corretta analisi del reato in esame impone necessariamente il rimando a categorie concettuali di astrazione extrapenale. Proprio su questo aspetto poggia una fondata critica sull'atteggiamento della giurisprudenza (sia penale che amministrativa), o meglio sulle difficoltà che essa incontra in sede applicativa per la chiusura nei confronti di ambiti normativi distinti da quelli di sua immediata cognizione (in generale, su questa tematica cfr. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002; CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione: il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, 1979; VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, p. 28 ss.).

L'intersecazione si fa ancor più evidente nel delitto di omissione di atti d'ufficio poiché il secondo comma descrive una fattispecie plurioffensiva: da un lato lesiva dell'interesse pubblico cui la p.a. per legge è preordinata; dall'altro offensiva dell'interesse del privato danneggiato dall'omissione o dal ritardo. Ora, seguendo un approccio logico, l'inerzia o il silenzio della p.a. sono innanzitutto condotte illecite da un punto di vista amministrativo e la corrispondente situazione giuridica del privato di interesse legittimo o diritto soggettivo sorge nell'ambito di norme attinenti a tale settore. Per questi motivi la *sedes materiae* primaria per la tutela dell'interesse privato sarà quella amministrativa e il diritto penale potrà intervenire solo in via succedanea e sussidiaria (così DE FLAMMINEIS, *La tutela penale contro il silenzio amministrativo*, cit., p. 659).

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

Il secondo comma dell'art. 328 c.p. pone i problemi più significativi proprio sotto il profilo del coordinamento con la disciplina amministrativa contenuta nella legge n. 241 del 1990, in relazione al momento a partire dal quale le condotte del p.u. assumono rilievo penale. Ebbene, come già detto, secondo opinione consolidata, il dovere di risposta del pubblico ufficiale presuppone che sia stato avviato un procedimento ad istanza di parte o anche d'ufficio e, di conseguenza, sia anche quantomeno iniziata l'attività istruttoria dal p.u. (Sez. VI, 4 ottobre 2001, n. 41645, Giordano, in *C.E.D. Cass.*, n. 220245; GAMBARDELLA, sub *art. 328*, in Lattanzi-Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, 8ª ed., Giuffrè, 2010, p. 383).

Cercando di procedere con ordine nella disamina di una normativa tutt'altro che lineare, chi scrive concorda con quanti sostengono che il problema ermeneutico consiste nel difetto di coordinamento tra le norme sul silenzio della p.a. e quelle penali sull'omissione di atti d'ufficio (in dottrina sui rapporti tra normativa penale e disciplina del procedimento amministrativo cfr. MASI, *La riforma dell'art. 328 c.p. e la legge sul procedimento amministrativo: un coordinamento poco chiaro,* in *Riv. pen. econ.*, 1993, p. 67; MAZZA, *Rapporti interni alla pubblica amministrazione e rilevanza penale della omissione di atti d'ufficio*, in *Riv. pol.*, 1998, p. 124; BALBI, *Omissione di atti di ufficio. Responsabilità penale con particolare riferimento alle nuove norme sul procedimento amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1992, p. 333). Come si noterà, manca un raccordo tra il termine di trenta giorni previsto agli effetti della responsabilità penale ed i termini eventualmente diversi (ove previsti da leggi, regolamenti, o provvedimenti della stessa p.a.) per il relativo procedimento amministrativo (DI MARTINO, *I delitti di rifiuto e di omissione di atti d'ufficio*, in Bondi, Di Martino, Fornasari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, 2004, p. 291).

A tal fine, è bene prendere le mossa dal seguente principio di diritto fissato dalla Corte: «il reato di cui all'art. 328, comma 2, nel caso di mancata apertura di un procedimento amministrativo, non sussiste in presenza di qualsiasi domanda […] ma solo quando, in base alle fonti che disciplinano l'attività amministrativa, sussista un'effettiva competenza a provvedere nel merito sulla domanda proposta» (Sez. VI, 26 novembre 1997, n. 11515, Di Giandomenico, cit.).

La richiesta del privato, dunque, non avrebbe valore "costitutivo" della natura dovuta dell'atto richiesto e quindi della conseguente natura indebita del rifiuto di compierlo; al contrario, funzionerebbe come "messa in mora" rilevante ai fini di una responsabilità penale solo se essa abbia ad oggetto un atto già dovuto in base alla normativa extrapenale di riferimento. Il presupposto per la configurazione dell'illecito penale è dunque la preesistenza di un obbligo gravante sulla p.a. di attivarsi, che, non essendo individuabile *ex* art. 328, deve necessariamente desumersi da fonti extrapenali.

In altri termini, le norme cui si deve avere riguardo per verificare l'idoneità della domanda ed il conseguente obbligo dell'ufficio, sono quelle che regolano il procedimento amministrativo (GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 2ª ed., vol. I, Giuffrè, 2006, p. 237).

Nel caso di specie, le reiterate missive del sig. T. erano volte ad indurre la p.a. non tanto ad adottare un atto, quanto un comportamento: l'avvio di una istruttoria per un eventuale procedimento disciplinare nei confronti del professionista trasgressore o, quantomeno, la spiegazione delle ragioni del diniego all'assunzione di qualsivoglia provvedimento nei suoi confronti.

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

È bene evidenziare che lo svolgimento del giudizio disciplinare è regolato dal d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221 e la sua instaurazione (su iniziativa diretta dell'Ordine di riferimento o su richiesta del prefetto o del procuratore della Repubblica) è subordinato all'esito di accertamenti preliminari di competenza esclusiva del Presidente dell'Ordine dei medici. Secondo le prescrizioni dell'art. 39 della normativa suddetta, infatti, il Presidente deve provvedere alla «verifica sommaria delle circostanze oggetto di contestazione» e all'assunzione delle «opportune informazioni»; egli è tenuto, inoltre, a convocare il medico interessato per ascoltarlo sui fatti, riferendo tutto al Consiglio dell'Ordine, organo deliberativo finale del procedimento disciplinare.

Nelle motivazioni del decreto di archiviazione riportate nella pronuncia in commento, il g.i.p. marca non solo la mancanza di un interesse qualificato alla base della richiesta di T., ma anche la discrezionalità del Presidente in ordine alla valutazione in merito all'avvio di un eventuale procedimento disciplinare e alla spiegazione delle motivazioni del caso.

Su tale ultimo assunto, ad avviso di chi scrive, può innestarsi una polemica: la richiesta del sig. T., qualunque poi ne fosse l'esito, comportava quanto meno l'avvio di un procedimento amministrativo finalizzato alla verifica dei presupposti della domanda prospettata.

Ritenere il contrario corrisponderebbe ad una «inversione metodologica analoga a quella di chi sostenesse che non compie omissione di atti d'ufficio il p.m. che, convinto ed a ragione dell'infondatezza di una denuncia, trascura del tutto di svolgere le indagini e gli accertamenti indicati nella denuncia medesima» (cfr. Sez. VI, 26 novembre 1997, n. 11515, cit., in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 396).

Va precisato, infatti, che l'atto di apertura di un procedimento disciplinare è un "atto amministrativo endoprocedimentale" (per spunti riflessivi in tal senso cfr. Sez. un. civ., 22 dicembre 2011, n. 28335, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, fasc. 12, p. 1828: «L'atto di apertura del procedimento disciplinare […] non incide in maniera definitiva sul relativo *status* professionale e non decide questioni pregiudiziali a garanzia del corretto svolgimento della procedura […] avendo il solo scopo di segnarne l'avvio con l'indicazione dei capi di incolpazione […]»).

Ora, è chiaro che l'art. 328, cpv., c.p. si innesta su di un procedimento già avviato, poiché la lettera della norma fa riferimento ad una situazione di ritardo che, come tale contiene un'aspettativa. Ciò che non convince sembra essere il vistoso svuotamento di tutela derivante da una fattispecie, come quella così riformulata, che crea pericolosi spazi di indeterminatezza.

Indeterminatezza che diventa l'*humus* di cui si nutre un'eccessiva discrezionalità amministrativa, che apre la strada ad una vistosa depenalizzazione, suscettibile di tramutarsi in deresponsabilizzazione dei pubblici funzionari (così, TOTARO, *L'art. 328 c.p.: terreno del giudice penale o della P.A.?*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 669).

Dalla struttura del reato di omissione, come riscritta dalla legge n. 86/90, è ben evidente che al privato è richiesta un'iniziativa ulteriore rispetto all'istanza-presupposto: la messa in mora a provvedere intimata al pubblico agente. Su questo punto c'è chi parla di «trasformazione di un'attività pubblica in un'attività su iniziativa di parte» (cfr. CICALA, *Considerazioni sulla riforma dei delitti dei pubblici ufficiali*, in *Quaderni giustizia*, 1987, p. 26).

Pare che «il legislatore abbia voluto burocratizzare vieppiù le condotte dei pubblici funzionari, i quali comodamente, fino alla costituzione in mora, potranno disattendere i propri doveri amministrativi, e dopo, limitarsi a rispondere al richiedente per poter essere con-

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

siderati esenti da responsabilità» (COSTA, *Il «nuovo» nel delitto di omissione di atti d'ufficio: verso la «procedimentalizzazione» degli illeciti penali*, in *Giur. merito*, 1992, p. 930).

Instaurare un dibattito sui fallimenti, o meglio, sui veri e propri intenti di una legge che ha rivoluzionato norme tra le più significative, come quella in commento, non è compito assegnato in questa sede. Esempi "paradossali" degli esiti applicativi di tale riforma sono stati già ampiamente mostrati da illustre dottrina (tra i più critici, cfr. NANNUCCI, *Rifiuto o omissione di atti d'ufficio. È scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, in *Foro it.*, 1991, c. 417; PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 832). Queste brevi osservazioni valgono a sottolineare la *ratio* che sorregge la decisione della suprema Corte, e riflettere sulla sua coerenza con l'oggetto giuridico tutelato dalla fattispecie punitiva. Da questo punto di vista, in verità, risulta difficile trovare una chiave di lettura coerente. È certo che la complicazione del processo per l'instaurazione di un rapporto tra cittadini e p.a. in una norma penale che, invece, nasce per porre il singolo in grado di soddisfare le legittime istanze e aspettative, non condurrà di certo ad esiti positivi per quest'ultimo.

Nel caso di specie, non si discute sulla discrezionalità su cui si basa l'infondatezza della istanza di chi sollecita il controllo di irregolarità nell'esercizio di un pubblico servizio. Ciò che pare criticabile è l'esclusione a priori di un vaglio preliminare su cui erigere un rifiuto che andrebbe pur sempre motivato. D'altra parte, attualmente è molto difficile trovare un'omissione pubblica del tutto indolente sul piano amministrativo e quindi inoffensiva dal punto di vista penale.

Concludendo, queste brevi considerazioni non intendono assegnare alla Corte una funzione che non le è propria. Essa, d'altronde, non può di certo supplire alle incongruenze derivanti dalla volontà espressa dalle parole della legge, non potendo il giudice di legittimità "ribaltare" il senso di norme costruite e smontate in modo ambiguo. Quello che ci si aspetta da pronunce come queste è, tuttavia, una maggior ponderazione ed una lettura costituzionalmente orientata.

Ebbene, se non si vogliono sacrificare i principi costituzionali su cui si fonda l'attività della p.a., sicuramente sono da evitare interpretazioni che svuotano le norme del loro contenuto precettivo e rendono del tutto inutile la loro stessa presenza nell'ordinamento giuridico. Salvaguardare il dogma di tipicità delle fattispecie penali non può andare a scapito della verifica della trasparenza e correttezza di chi "amministra", né della partecipazione e del costante coinvolgimento di chi "viene amministrato".

di
Giovanna Palmieri
—
Dottoressa in giurisprudenza

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.
Utente: unisb01 UNIV.DI SALERNO CENTRO ATENEO - www.iusexplorer.it - 31.07.2019